

LA FUNCION DE GOBIERNO: SU UBICACION EN UN EMERGENTE MODELO DE ESTADO POSTSOCIAL (*)

Por ANTONIO J. PORRAS NADALES

SUMARIO

1. GOBIERNO Y SISTEMA BUROCRÁTICO.—2. LA FUNCIÓN DE IMPULSO POLÍTICO.—3. LA DINÁMICA INTERVENCIONISTA Y SUS CONSECUENCIAS.—4. LA EXPANSIÓN BUROCRÁTICA EN EL CAPITALISMO AVANZADO.—5. LA FUNCIÓN DE GOBIERNO: NUEVAS PERSPECTIVAS.—6. SOBRE LA EMERGENTE CRISIS DEL SISTEMA DE FUENTES Y EL PRINCIPIO DE RACIONALIDAD «A POSTERIORI».

1. GOBIERNO Y SISTEMA BUROCRÁTICO

En la concepción clásica del Estado de Derecho, entendido fundamentalmente como un modelo racional de Estado articulado alrededor del principio de seguridad jurídica, la *función de gobierno* carece doctrinalmente de unos perfiles suficientemente definidos capaces de determinar un contenido específico.

Caracterizada por los postulados de heterogeneidad y discrecionalidad, que se concretan en parte en la categoría residual de los «actos de gobierno», la función gubernamental parece prácticamente desaparecer entre: a) una función estrictamente *ejecutiva*, mera aplicación o desarrollo de mandatos

(*) El presente artículo fue presentado como una comunicación a las Jornadas de Estudios sobre Gobierno y Administración en la Constitución, organizadas por el Ministerio de Justicia en mayo de 1986.

legales superiores, y *b*) el mundo de la racionalidad automatizada de la Administración pública, en cuanto complejo orgánico subordinado igualmente al imperio de la ley.

Esta visión negativa, como un supuesto claramente excepcional o marginal, se encuadra perfectamente en la tradición abstencionista del Estado liberal, determinada por la esencialidad de la función normativa (Bentham), y la ausencia de penetración de los poderes públicos en la esfera «natural» de la sociedad civil (1).

Una visión negativa que está igualmente presente, aunque probablemente con un contenido distinto, en el modelo de dominación *racional-burocrática* de Max Weber (2), a cuya sombra se consagran los principios de racionalidad, legalidad y eficacia de la moderna burocracia estatal.

El gran dogma de la racionalidad maxweberiana depende básicamente de la aplicación, a través de una estructura jerárquica y profesionalizada integrada por personal funcionario, de *programas condicionales* (3) de carácter legal, articulados a través de técnicas objetivas de acción administrativa y control financiero. En su concepción subyace una clara desconfianza acerca de la operatividad del subsistema político y de la capacidad de los líderes políticos para dirigir una burocracia de expertos, autoorganizada mediante reglas objetivas generadoras de una alta cuota de seguridad jurídica y eficacia administrativa (4).

Este modelo permite simultáneamente atender a las nacientes exigencias intervencionistas de los poderes públicos en el Estado del siglo xx sin poner en crisis la operatividad del viejo sistema de fuentes, en el que la esfera política del Estado, la única dotada de una auténtica creatividad libre, se entiende limitada a la función legislativa del Parlamento, en cuanto órgano soberano.

Semejante esquema de separación y coordinación funcional entre el ámbito, relativamente libre, de la actividad normativa o programática y la esfera de ejecución automatizada sobre supuestos procedimentales previamente normados, a cargo de la Administración, permite seguir excluyendo la esfera autónoma de la función de gobierno, que sólo adquiere sentido a través de su propia excepcionalidad.

(1) Véase J. HABERMAS: *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires; C. OFFE: *Lo Stato nel capitalismo maturo*, Etsa Libri, Milán, 1977.

(2) *Economía y sociedad*, F. C. E., México.

(3) N. LUHMANN: «Lob der Routine», *Verwaltungsarchiv*, 1964: 55, págs. 1-33.

(4) Véase PETER SELF: *Political theories of Modern Government. Its Role & Reform*, Allen & Unwin, Londres, 1985; A. NIETO: *La burocracia*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.

La función neutral de control judicial, como factor esencial de compromiso entre ejecutivo y legislativo, vendría a confirmar en último término el equilibrio armónico entre los poderes clásicos del Estado (5). Sólo en presencia de circunstancias particulares verificables en base al derecho objetivo el ejecutivo podría ser habilitado para emanar actos de naturaleza concreta que se diferenciarían de las manifestaciones ordinarias de la actividad administrativa por su capacidad de resistencia al control judicial (6).

Las nociones de acto de gobierno, acto político, acto constitucional, acto de prerrogativa, ordenanza de necesidad o acto *extra iuris ordinem* constituirían, en cuanto categorías no homogeneizables en la dogmática jurídica del Estado liberal, el paso previo para, en la expresión de Romano, iniciar un viaje a través de las nubes que conduciría fuera del propio Derecho constitucional (7).

Tanto las doctrinas de la causa objetiva, la de los criterios de discrecionalidad, la competencia del órgano o incluso la doctrina enumerativa (8) constituyen elementos instrumentales al servicio de una judiciabilidad de los actos políticos, pero carecen de la suficiente fuerza de precisión teórica acerca de la naturaleza y funcionalidad específica de esta esfera de actuación estatal.

Es precisamente esta naturaleza, esencialmente política, de la función de gobierno la que condiciona las dos grandes alternativas de ubicación sistémica en el conjunto de la actuación del Estado: *a*) o bien constituye una expresión de la ineludible función de tutela de la seguridad por parte del Estado, proyectándose básicamente hacia los actos de política exterior, y excepcionalmente en el plano de la seguridad interior (9), o bien, *b*) en la medida en que la actuación gubernamental responde a exigencias de intervención pública en el ámbito interior, básicamente en el campo de la economía, sólo cabe forzar su formalización en el sistema de fuentes como expresión de una capacidad normativa autónoma del poder ejecutivo, convirtiéndose en decreto-ley.

(5) CESARE DELL'ACQUA: *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, CEDAM, Padua, 1983, págs. 133 y sigs.

(6) P. LABAND: *Droit Public de l'Empire Allemand*, Giard, París, 1902, II, páginas 509 y sigs.

(7) GIUSEPPE DI GASPARE: *Considerazioni sugli atti di Governo e sull'atto politico. L'esperienza italiana e francese nello Stato liberale*, Giuffrè, Milán, 1984, págs. 14 y sigs.

(8) DELL'ACQUA: *Op. cit.*, págs. 37-44.

(9) En una tradición lockiana que tiene su mejor expresión en la teoría de los «actos diplomáticos» durante la III República francesa. Véase DELL'ACQUA: *Op. cit.*, págs. 66-68, y G. DE VERGOTTINI: *Indirizzo politico della difesa e sistema costituzionale*, Giuffrè, Milán.

Si la primera dimensión mantiene en todo caso la característica de excepcionalidad, constituyendo una amenaza marginal en los sistemas de control jurídico de la acción estatal, por el contrario, la larga polémica histórica sobre la ubicación del decreto-ley en el modelo normalizado del sistema de fuentes (10) no hace sino demostrar el auténtico agujero negro que el intervencionismo económico del Estado va a producir en el edificio del Estado liberal de Derecho.

2. LA FUNCION DE IMPULSO POLITICO

La consolidación del Estado intervencionista de bienestar a partir de la segunda posguerra obliga, pues, a replantear desde perspectivas más amplias la ubicación de la actuación ejecutiva en el conjunto del sistema del Estado democrático de Derecho.

Inicialmente va a ser la gran categoría doctrinal italiana del *indirizzo politico* el eje de encuadramiento sistémico de la actuación gubernamental en el proceso dinámico de la vida del Estado (11). Un concepto que da por supuesto el mantenimiento de una estructura burocrática en expansión, de corte más o menos maxweberiano, encargada de llevar a la práctica las directrices programáticas emanadas de los centros de impulso del sistema, básicamente el eje Partidos-Parlamento-Gobierno, a partir de los cuales se fijan los objetivos y se canalizan los recursos financieros e instrumentales que deben regir la actuación estatal.

La teoría del *indirizzo politico* permite, en efecto, una armonización positiva entre el mundo, relativamente aleatorio y contingente, de la política, y la esfera de autofuncionamiento reglado y repetitivo de la Administración pública, la gran generadora de seguridad jurídica del sistema. Lo cual no excluye, por cierto, la existencia de mecanismos de juridificación de la actividad de los propios órganos políticos, al menos en la medida en que las

(10) Véase recientemente, entre nosotros, J. PÉREZ ROYO: «La distribución de la capacidad normativa entre el Parlamento y el Gobierno», en VARIOS AUTORES: *El Gobierno*, Diputación de Barcelona, 1985, págs. 93-143. También un buen análisis de la experiencia francesa, en C. MORTATI: *Forme di Governo*, CEDAM, Padua, 1973, páginas 227-248.

(11) Naturalmente, es inmensa la bibliografía sobre el tema; la referencia más concreta sería la voz «Indirizzo politico», de TEMISTOCLE MARTINES, en la *Enciclopedia del diritto*, vol. XXI. Véase también A. MANZELLA: *Il Parlamento*, Il Mulino, Bolonia, y más recientemente A. RUSSO: *Programma di governo e regime parlamentare*, Giuffrè, Milán, 1984.

Constituciones de posguerra incluyen amplios cuadros programático-intervencionistas (principios rectores de la política social y económica), adecuando mecanismos de control de constitucionalidad sobre la actividad normativa del Estado (12).

Por otra parte, en la medida en que esta función de impulso no reside en la esfera orgánica del Estado, sino que depende en gran parte del proceso dinámico de los sistemas de partidos, el eje de dirección política del Estado engarza con los mecanismos de representación democrática, convirtiéndose en una expresión instrumentalizada de la opinión pública mayoritaria, cuyo *iter* de concreción y aplicación depende en primer lugar del propio proceso parlamentario definido constitucionalmente y, en último término, de la eficacia técnico-profesional de la Administración pública.

El *indirizzo politico* se constituye, pues, en el circuito de articulación racional entre sociedad democrática, subsistema político y Administración pública, concretándose los mecanismos de impulso a través de un proceso reductor o selectivo que no pone formalmente en crisis el sistema constitucional de fuentes (13).

Frente a la reproducción de la pluralidad social en el debate parlamentario y su procesualización legitimadora a través de la actuación de los grupos en la Cámara, la reducción gubernamental en el programa de investidura supone un primer paso de concreción que adquiriría su máximo nivel de operatividad racionalizadora al convertirse en una normativa (procedente del Parlamento o del ejecutivo, indistinta y/o complementariamente) de *programas condicionales* que ponen en marcha la esfera de racionalidad burocrática de la Administración: la mayor estabilidad y profesionalización de esta burocracia, así como su relativa autonomía frente a las oscilaciones de la vida política, generaría ese suplemento de estabilidad necesario para garantizar un *maximum* de seguridad jurídica, convirtiéndose la esfera automatizada de la Administración pública en el gran eje de racionalidad capaz de complementar técnicamente las deficiencias de la instancia política.

Esta integración armonizada entre la esfera dinámica del Estado, concretada en la función política y orientadora del gobierno, y la esfera automatizada y racional de la Administración, sometida al imperio del Derecho, encuen-

(12) Aunque estos mecanismos de control se refieran básicamente a la defensa de los derechos y libertades «clásicos» (recurso de amparo), existiendo una gran dificultad para articular mecanismos operativos de control por omisión.

(13) Véase sobre el tema N. LUHMANN: *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida, Nápoles, 1978; J. CAPO: *La institucionalización de las Cortes Generales*, Universidad de Barcelona, 1983, págs. 45 y sigs.; I. DE OTTO: «La función política de la legislación», en *Parlamento y sociedad civil*, Cátedra de Derecho Político, Barcelona, 1980.

tra su punto culminante de expresión ideal en el auge de las políticas planificadoras características del período constructivo del Estado social hasta finales de los años sesenta. Programación política y ejecución racional-burocrática constituirían un entramado unitario a través del cual podría llevarse a la práctica, piramidalmente y sin transformaciones sustanciales en el sistema de fuentes, todo el conjunto de objetivos transformadores de la realidad asumidos por el Estado intervencionista de bienestar.

3. LA DINAMICA INTERVENCIONISTA Y SUS CONSECUENCIAS

Sin embargo, este gran diseño histórico ignoraba una consecuencia fundamental de las políticas intervencionistas del Estado: en la medida en que la intervención activa de los poderes públicos en la arena social y económica genera una inevitable politización o estatalización de la sociedad, la misma necesidad de eficacia implica inexorablemente una progresiva adecuación a la lógica horizontal-competitiva de la propia sociedad organizada; la *estatalización* de la sociedad acaba convirtiéndose simultáneamente en un proceso de *socialización* del Estado, generando toda una larga serie de consecuencias sobre el anterior sistema vertical de fuentes del Derecho (14).

Hay que insistir en que estatalización y socialización constituyen aspectos alternativos de una nueva realidad transformada, que complica enormemente los modelos simplificados de acción del Estado propios del universo liberal.

Por lo que respecta a las políticas de *intervención económica*, la eficacia sólo relativa de las experiencias de planificación desde arriba, así como el advenimiento de graves crisis de la economía capitalista a partir de los años setenta, van a condicionar la adecuación de los sistemas de actuación estatal a técnicas de concertación selectiva con grupos económicos y organizaciones financieras (15) que constituyen, como ha señalado García Pelayo (16), los nuevos sujetos de la acción económica. La transformación más radical va a producirse, sin embargo, en el momento en que el Estado asume funciones

(14) Véase OTTO HIRCHEIMER: «The Reichstaat as Magic Wall», en F. S. BURIN y K. L. SHELL: *Politics, Law and Social Change. Selected Essays of Otto Kircheimer*, Columbia U. P., Nueva York, 1969.

(15) Véase TERENCE DAINITH: «The Executive Power Today: Bargaining and Economic Control», en J. LOWELL y D. OLIVER: *The Changing Constitution*, Clarendon P., Oxford, 1985, págs. 174-197.

(16) M. GARCÍA PELAYO: *Las transformaciones en el Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid.

de sustitución y no simple corrección del mercado (Habermas), entrando en la arena económica como productor de bienes y servicios que constituyen un mercado de bienes de uso (Offe): en este caso es la capacidad legal de actuar del Estado como persona jurídica, es decir, su inclusión en el ámbito del Derecho privado, civil o mercantil, la que permite intervenir a las empresas públicas en el ámbito del mercado, generando un marco de funcionamiento horizontal y autonomía decisional que altera los mecanismos tradicionales de la actuación burocrática (17).

Respecto a las políticas de *asistencia social*, características del *Welfare State*, en la medida en que generan una centralidad prestadora de los poderes públicos (18), van a determinar una intensificación de la competencia entre grupos sociales, ya sea en un marco pluralista o neocorporativo, por implementar sus demandas sobre los poderes públicos (19), reproduciendo un esquema final en el que es la lógica competencial-selectiva de los grupos afectados, y no las macrodirectrices de impulso desde arriba, en un marco progresivamente horizontalizado, el factor determinante de las decisiones finales de los poderes públicos. Un proceso, pues, que sugiere la amenaza de una inflación descontrolada de las demandas de prestación e intervención social y económica del Estado (20), que ante el riesgo de la crisis fiscal del Estado (O'Connor) suscita la aparición de un circuito fatal de: sobrecarga de demandas → crisis de recursos disponibles → ingobernabilidad.

Así, pues, la penetración de los intereses sociales organizados en la esfera estatal, convirtiendo la política social y económica en un plano funcional de mediación corporativa entre grupos de intereses, impone unos procesos de transformación radical en la forma Estado de Derecho (21).

(17) Así, en la literatura anglosajona se habla de los QUANGOS (*quasi non-governmental organizations*); véase N. LEWIS: «Who Controls Quangos and the Nationalized Industries?», en J. LOWELL y D. OLIVER: *The Changing Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 1985, págs. 198-228. Sobre el sistema económico en la Constitución española, véase M. MORIS: «Aspectos esenciales de la regulación económica en una Constitución de la crisis», en A. PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1980, págs. 363-407.

(18) Sobre el tema, véase JENS ALBER: «L'espansione del Welfare State», en *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 2, 1983, págs. 203-260.

(19) Véase PH. SCHMITTER y G. LEMBRUCH (eds.): *Trends Towards Corporatist Intermediation*, Sage, Londres, 1979, y S. BERGER (ed.): *Organizing Interests in Western Europe*, Cambridge U. P., 1981.

(20) Véase J. ALBER: *Op. cit.*; P. ROSANVALLON: *La crise de l'État Providence*, Du Seuil, París; R. MISHRA: *The Welfare State in crisis Social Thought and Social Change*, Harvester P., 1985; T. H. MARSHALL: *The Right to Welfare and Other Essays*, Heinemann, Londres, 1981.

(21) Véase OTTO KIRCHHEIMER: «The Rechtsstaat as Magic Wall», cit. en nota 14.

Particularmente, y por lo que respecta a la función ejecutiva, la quiebra más radical se producirá al entrar en crisis el principio de la *calculabilidad* del impacto de las decisiones legislativas (22), lo que hace quebrar el modelo de racionalidad legal-burocrático maxweberiano basado en el reconocimiento de la capacidad de organizar y dirigir el sistema social a través de los procesos de impulso que, desde los órganos legislativos, se transmite —en una relación de causalidad— a los aparatos burocráticos de la Administración.

La única posibilidad para racionalizar, al menos de forma limitada, la actuación del Estado habría que buscarla en los mecanismos de control *a posteriori*, que quizá ahora deberán articularse sobre una dogmática jurídica progresivamente desvinculada de todo componente político-legal (23).

4. LA EXPANSION BUROCRATICA EN EL CAPITALISMO AVANZADO

Naturalmente, el sistema político-administrativo tiende a generar en este proceso importantes transformaciones operativas. La sustitución de los mecanismos de programación legal condicional, que imponen una conducta estable y repetitiva de los órganos administrativos, por una *programación finalista* o de objetivos (24) contribuye a reforzar alternativamente la autonomía decisional de los órganos burocráticos, perdiendo su tradicional carácter instrumental.

En el campo de la teoría burocrática el cambio se expresa fundamentalmente por el apogeo del concepto de tecnocracia y administración managerial (25), relativamente desvinculada de los programas legales de acción condicional y progresivamente impulsada por un principio de autorracionalidad técnica y eficacia prestadora.

Suele admitirse generalizadamente que el proceso impone un crecimiento constante de la esfera burocrática, tanto en el plano cuantitativo como cua-

(22) Véase GUSTAVO GOZZI: «Potere e modello neocorporativo», en L. ALTIERI y otros: *Nuove forme del potere*, Angeli, Milán, 1982, págs. 12 y 26 y sigs., y «Verso lo stato-sistema. Tra anarchia e Leviatano», en N. LUHMANN y otros: *Le trasformazioni dello Stato. Tendenze del dibattito in Germania e in USA*, La Nuova Italia, 1980, páginas 11-66.

(23) N. LUHMANN: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

(24) N. LUHMANN: *Lob der Routine*, cit., y R. MAYNTZ: *Sociología de la Administración Pública*, Alianza, Madrid, 1985, pág. 67.

(25) M. GARCÍA PELAYO: *Burocracia y tecnocracia*, Alianza, Madrid, 1974, y ALEJANDRO NIETO: *La burocracia*, cit.

litativo —aumento de su capacidad de autonomía decisional—, de tal forma que la cúspide administrativa se convierte progresivamente en un factor decisivo en las políticas legislativas, en la intervención económica, en las decisiones acerca de la utilización de recursos públicos y en la dirección de empresas públicas (26); hasta el punto de que ha podido llegar a afirmarse que los miembros del poder legislativo participan, en la mayoría de los casos, a través de sus funciones en un mero procedimiento de registro.

Peter Self, en su reciente trabajo sobre el tema (27), distingue al menos cuatro procesos impulsores del crecimiento de la influencia y poder discrecional de la burocracia contemporánea:

A) Un proceso de autodesarrollo burocrático expansivo condicionado en primer lugar por los cambios en el entorno social y la necesidad de una respuesta de los poderes públicos: especialmente por las *consecuencias de la depresión económica*, con el aumento de los costes de seguridad social, prestaciones asistenciales, gastos de desempleo, etc.

B) Un autodesarrollo expansivo impulsado por la prioridad de los intereses sectoriales de los propios grupos funcionariales, fácilmente explicable a través de los enfoques neoutilitaristas del *public choice* (28), generador de una tendencia hacia el incremento presupuestario, y el lógico crecimiento de la propia influencia, *status* e ingresos de los sectores burocráticos, como consecuencia de la disolución de sistemas organizacionales en un marco de competencia de intereses individuales sólidamente articulados.

C) Este proceso se conectaría con el desarrollo de una *dinámica pluralista* —de vieja tradición americana— que implementaría mecanismos de conexión entre grupos de intereses y sectores de burócratas. Sería el resultado de un proceso típicamente competencial, inherente a la propia lógica de la dinámica democrática, que se fundamenta en la libertad de los grupos sociales para autoorganizarse y para intentar influir en un marco concurrencial sobre los poderes públicos.

D) Finalmente, esta dinámica culminaría en un proceso *neocorporativo* de incorporación e interpenetración selectiva de demandas procedentes de grupos de intereses organizados sobre los poderes públicos. En esta fase se

(26) MAYNTZ: *Op. cit.*, pág. 195.

(27) *Political Theories of Modern Government. Its Role and Reform*, cit. Véase también sobre el tema G. FREDDI: «Vincoli storico-strutturali sulla prestazione delle burocrazie legali-razionali», en *Rivista Italiana di Scienza Politica*, núm. 2, 1982, en particular págs. 199 y sigs.

(28) Véase J. BUCHANAN y G. TULLOCK: *El cálculo del consenso*, Espasa-Calpe, Madrid; D. MUELLER: *Elección pública*, Alianza, Madrid, 1984; C. L. SCHULTZE: *The Public use of Private Interest*, The Brookings Institution, Washington, 1977.

eliminarían los problemas de inflación de demandas, característicos de un modelo pluralista, mediante procesos selectivos relativamente automatizados (Offe), a la vez que la propia atribución de *status* público a grupos de interés (29) permite articular un marco estatal de reproducción de los intereses dominantes del capitalismo mundial, relativamente desvinculado de la esfera programática de impulso del sistema político.

En definitiva, la nueva realidad resultado de todos estos procesos transformadores nos ofrece un panorama de la esfera Gobierno-Administración en el que el centro de gravedad de los circuitos decisionales fundamentales de la acción del Estado habría que buscarlo en sectores periféricos, cuasi no gubernamentales, de la Administración pública: unos sectores que se rigen a través de criterios propios de carácter tecnocrático, sometidos selectivamente a la penetración de instancias corporativas y actuando a través de vías enormemente flexibles de interacción con grupos organizados, negociación público-privada o *bargaining* disperso (30).

El eje interno de causalidad entre Gobierno y Administración, adecuado a la lógica vertical del tradicional sistema de fuentes, parece sometido a un proceso de disolución que, en primer lugar, impulsaría a aceptar la reducción de la función del Estado a la de simple fijación de las macrorreglas de juego (31), característica de un *Estado mínimo* (32); y, en segundo lugar, generaría una franja de decisiones públicas de carácter técnico-negocial de difícil control *a posteriori* por las instancias judiciales tradicionales (33).

(29) Véase, en particular, C. OFFE: «The attribution of public status to interests groups: observations on the West German case», en S. BERGER (ed.): *Organizing Interests in Western Europe*, cit., págs. 123-158.

(30) Un fenómeno que para F. Spadacenta generaría, a partir de la «concertazione del potere esecutivo di supporto a centri di potere esterni», una auténtica degradación del poder político, puesto que «l'asse del potere si sia spostato dalle mani dell'esecutivo a quelle dei manager parapubblici e dalle industria privata alla industria di Stato, il tutto sospinto de un uso della finanza pubblica che richiama ancora l'idee di una società asistita entro la quale permane la lute per la gestione e spartizione dei fondi tra grandi manager ... e grandi dissipatori ... Una simile articolazione e poi concentrazione passa come si é detto attraverso il veicolo della degradazione mafiosa del potere». En «Potere Esecutivo, Partito di regime, Aparato statale», LELIO BASSO (a cura di): *Stato e crisi delle istituzioni*, Mazzotta, Milán, 1978, págs. 126 a 136.

(31) GUSTAVO GOZZI: «Potere e modello neocorporativo», cit., pág. 27.

(32) Véase P. NOZICK: *Anarchy, State and Utopia*, Basic Books, Nueva York, 1974. También, A. PORRAS NADALES: «Contractualismo y neocontractualismo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 41, 1984, págs. 15-41, y F. VALLESPÍN: *Nuevas teorías del contrato social: Rawls, Nozick y Buchanan*, Alianza, Madrid.

(33) Véase una aproximación a la experiencia americana en A. BAR: «La estructura y funcionamiento del Gobierno en España: una aproximación analítica», en VARIOS AUTORES: *El Gobierno*, Diputación de Barcelona, en particular págs. 53 y sigs.

5. LA FUNCION DE GOBIERNO: NUEVAS PERSPECTIVAS

La primera interrogante que esta nueva realidad histórica plantea es la de si efectivamente la tendencial ruptura del eje causal de impulso entre Gobierno y Administración no se traduce al final en la generación de un cierto *vacío funcional* en el ámbito estricto de la función de gobierno. Una hipótesis preocupantemente sugerida desde diversas perspectivas, como consecuencia lógica de la sobrecarga decisional en las esferas periféricas de la Administración.

Para Luhmann (34) estaríamos frente a una *crisis de reflexión del centro*, ante la imposibilidad del Gobierno para actuar como un eje de impulso/racionalización apriorística sobre la multiplicidad de decisiones adoptadas por los poderes públicos. Ello supondría que las estructuras y los procesos del sistema político no pueden ser reconducidos adecuadamente a las funciones sociales de la política, generando un problema que cae más allá de las posibilidades concretas de reforma del Gobierno, puesto que no se trata tan sólo de una cuestión de falta de conocimientos, que podría resolverse por una ulterior vía técnico-científica. En definitiva, «ridoto ad una semplice formula avviene perciò che il sistema politico non può più trarre la propria identità dalla società, se esso viene preteso dalla società proprio come sistema contingente...» (35).

Sartori (36), en su análisis sobre el sistema de partidos del pluralismo polarizado, sugiere igualmente la hipótesis de la consideración del centro como *retroacción*, es decir, como no generador de impulsos políticos, en una elaboración particularmente sugestiva si consideramos que en su modelo el concepto de «centro» no se define por claves ideológicas, sino básicamente por el control del órgano gubernamental, coincidiendo con la presencia de oposiciones polarizadas.

El fenómeno de las *no decisiones* sobre el proceso político como consecuencia inherente a la dinámica del partido *catch all* que se desarrolla bajo y para la competencia política ha sido destacado por Claus Offe (37). En la

(34) N. LUHMANN: «Concetti di politica e 'politicizzazione' dell'amministrazione», en N. LUHMANN y otros: *Le trasformazioni dello Stato*, cit., págs. 70-92.

(35) *Ibidem*, pág. 82.

(36) Véase GIOVANNI SARTORI: *Partidos y sistemas de partidos*, Alianza, Madrid, 1980, en particular pág. 171, sobre la consideración de los partidos de centro como «organismos pasivos» más que de «iniciación e instigación».

(37) CLAUS OFFE: «Democracia competitiva de partidos y Estado de bienestar keynesiano. Reflexiones acerca de sus limitaciones históricas», en VARIOS AUTORES:

medida en que a través de las formas organizativas de la competencia se contienen y limitan los alcances de los objetivos y luchas políticas, se suministra así la garantía de que la estructura del poder político no se desviará en exceso de la estructuración del poder socioeconómico, contribuyendo positivamente a la compatibilidad entre capitalismo y democracia.

Igualmente, Terence Daintith (38) ha insistido recientemente en la frecuencia de una *do-nothing posture* del Gobierno (aunque a menudo «masked by the appearance of activity and concern, through the setting up of inquiries, or the application of cosmetic remedies») que ampliaría el creciente desfase entre la sobrecarga de expectativas propias del momento electoral y la prosaica realidad de la gestión cotidiana de las cosas, a menudo enfrentada a la solución de multitud de problemas —en algunos casos crónicos— y a la atención de nuevas necesidades emergentes.

En otros casos esta *stasis* gubernamental («the inability to get effective action because of political overload and indecision») es calificada como una patología, o como un exceso de resistencia al cambio en las formas de acción política (39).

Incluso en la tradición italiana más contraria en principio a aceptar este tipo de enfoque, la doctrina del *indirizzo*, la eventualidad del *non facere*, puede llegar a plantearse como una posibilidad relativamente normal, ya sea como resultado de una auténtica decisión política, como consecuencia de la falta de medios o, incluso, por la falta de acuerdo entre fuerzas políticas (40).

Este vaciamiento de las competencias funcionales de acción programática gubernamental, que evidentemente viene a poner en crisis el modelo tradicional del *indirizzo politico*, concebido como un nexo de impulso causal de la esfera política sobre la órbita decisional/operativa de la Administración pública, no excluye, sin embargo, la progresiva revitalización de funciones alternativas del sistema político: particularmente las que se deducen a partir del enfoque procesualista de la política de Luhmann, en el cual el eje partidos-Parlamento-Gobierno pasa a ser concebido como circuito de *legitimación* fundamental del sistema (41).

Parlamento y democracia. Problemas y perspectivas en los años ochenta, Fundación Pablo Iglesias, Madrid, 1982, pág. 55.

(38) «The Executive Power Today: Bargaining and Economic Control», en *The Changing Constitution*, cit., pág. 177.

(39) P. SELF: *Op. cit.*, pág. 142. También véase P. SELF: *Administrative Theories and Politics*, cap. 5, Allen & Unwin, Londres, 1977.

(40) A. Russo: *Programma di Governo e regime parlamentare. Analisi comparata*, Giuffrè, Milán, 1984, págs. 211 y sigs.

(41) Véase bibliografía citada en nota 13.

La principal novedad de esta aportación residiría en el cambio de proyección u orientación del subsistema político respecto del conjunto del sistema: en lugar de constituir el centro inicial de impulso sobre la esfera interna de actuación burocrática, sería más bien su *proyección hacia afuera*, hacia la opinión pública —mediante la reproducción visualizada del pluralismo subyacente y la relativa ocultación de los mecanismos de compromiso o consenso capaces de conducir a la unicidad resultante de la voluntad estatal—, el gran soporte de legitimación de las decisiones políticas.

Ello no excluye la posibilidad, como señala Mayntz (42), de que pueda ser la propia Administración la que, finalmente, acabe canalizando esas cuotas suplementarias de legitimación en la producción de decisiones vinculantes. Pero, en un marco de interacción horizontal sociedad organizada/poderes públicos, parece más razonable aceptar la existencia de mecanismos directos, fragmentarios y diversificados, de legitimación, que dependerían de la cuota de participación democrático-negocial de los sectores sociales afectados en los distintos procesos del *bargaining*, que constituyen el soporte decisional efectivo de los *outputs* emanados de los poderes públicos.

En cualquier caso, como ha señalado Gozzi (43), el resultado final nos ofrece la existencia de un *gap* real entre la decisión político-administrativa y el conjunto de la sociedad, consistente en un déficit de información que remite, en última instancia, a la conflictividad subyacente de los intereses sectoriales: en ausencia de cualquier posibilidad de coordinación positiva, sólo subsiste una potencial coordinación negativa.

6. SOBRE LA EMERGENTE CRISIS DEL SISTEMA DE FUENTES Y EL PRINCIPIO DE RACIONALIDAD «A POSTERIORI»

Sin embargo, este progresivo cuarteamiento del sistema vertical de fuentes de creación del Derecho, característico de un Estado social articulado alrededor de la dogmática del Derecho público como esfera de racionalidad jurídica surgida de los supremos soportes políticos del sistema, no debe significar más que la emergente crisis de un determinado *modelo histórico* de *Estado de Derecho*, fundamentado en los principios de racionalidad jerár-

(42) R. MAYNTZ: *Op. cit.*, pág. 53. También F. W. SHARPF: *Planung als politischer Prozess*, Suhrkam, Francfort, 1973, y G. GOZZI: «Verso lo Stato-sistema. Tra anarchia e Leviatano», en *Le trasformazioni dello Stato*, cit., en particular págs. 23 y siguientes.

(43) *Op. últ. cit.*, pág. 25.

quica y de escasa penetración de los poderes públicos sobre la esfera de la sociedad civil.

La dificultad para encuadrar en los soportes dogmáticos tradicionales el complejo cuadro de imperativos funcionales que presiden el intervencionismo de ciertas políticas, y la interacción participativa de grupos o colectivos de intereses, no excluye evidentemente la pretensión de una nueva juridicidad probablemente más próxima a la lógica plural y dinámica característica de la sociedad civil. Una juridicidad que no ha de depender exclusivamente de los principios de legalidad, seguridad, uniformidad, generalidad y permanencia (44), en la medida en que dejan de satisfacerse principios operativos como el de flexibilidad, tratamiento individualizado o capacidad de respuesta de sectores interesados frente a los poderes públicos.

Sería particularmente en el terreno de los *welfare rights* y en los mecanismos de acción social donde el monopolio normativo exclusivo —y excluyente— del Estado ha empezado a entrar en crisis, siendo sustituido por mecanismos horizontales de interacción (45).

Las nuevas fórmulas de acción del Estado se orientarían básicamente a partir de dos postulados fundamentales:

A) La prioridad de fórmulas operativas basadas en la personalidad jurídica de los poderes públicos como personas de Derecho privado, con capacidad de actuar en el ámbito propio del Derecho civil o mercantil, para pactar compromisos, concertar contratos, adquirir y disponer propiedad o información, constituir sociedades, etc. (46).

B) El principio de participación democrático-selectiva de sectores interesados, con capacidad para incidir sobre el momento decisonal mediante fórmulas operativas de consenso, técnicas adjudicativas (47), incluso con la perspectiva más lejana del principio de la «autonormación».

Daintith ha simbolizado este proceso de transformación como una progresiva sustitución de las fórmulas tradicionales de *imperium* por técnicas de *dominium*, cuya aplicación podría legitimarse mediante costes políticos mucho menores (48).

(44) Véase J. JOWELL: «The Rule of Law Today», en *The Changing Constitution*, cit., págs. 3-22.

(45) CLAUS OFFE: «Riflessioni ed ipotesi sul problema della legittimazione politica», en *Lo Stato nel capitalismo maturo*, cit., págs. 118 y sigs.

(46) T. DAINITH: «The Executive Power Today: Bargaining and Economic Control», en *The Changing Constitution*, cit., pág. 176.

(47) Cuya característica esencial sería «the participation of the affected persons in the decision about his welfare (his rights or interests)». J. JOWELL: «The Rule of Law Today», *ibidem*, pág. 15.

(48) T. DAINITH: *Op. cit.*, págs. 181 y sigs.

Es importante destacar que, en su origen, estos procesos transformadores responden a una doble serie de factores: por una parte, la generalización de mecanismos selectivos de participación de grupos sociales sobre el Estado, en un proceso que no puede en ningún caso ser calificado como antidemocrático, y en segundo lugar, a un intento por parte de los órganos decisionales de la Administración para ganar cuotas de eficacia, es decir, por incrementar el índice de adecuación entre los soportes normativo/decisionales y la realidad final resultante.

La imposibilidad de que este marco complejo y enormemente diversificado de interacción sea previsto en normas legales de superior rango, como expresión de esa concepción lógico-matemática del mundo que debía permitir el establecimiento de un orden *a priori* desde arriba, susceptible de ser expresado en leyes generales y permanentes (49), determinará una cierta apertura del sistema de fuentes, que inevitablemente viene a recuperar algunos de los postulados del primer liberalismo histórico: la actividad normativa en sentido estricto reduciría su ámbito de vigencia a la fijación de las macrorreglas de juego o principios funcionales y procesuales de justicia (Rawls) (50), es decir, en rigor, al Derecho constitucional, mientras el plano operativo-intervencionista de los poderes públicos generaría un marco progresivamente complejo y descentralizado de pluriesferas decisionales relativamente autónomas, cuya dinámica apenas permite deducir un plano de relativa racionalidad *a posteriori* (51).

Sería, sin embargo, probablemente erróneo pretender defender la vuelta a esquemas clásicos liberales para analizar la posición y función de los poderes públicos en este naciente Estado postsocial: antes al contrario, la dialéctica del capitalismo avanzado parece imponer la crisis irreversible del más esen-

(49) Un reflejo, en definitiva, de esa visión optimista del mundo característica de la *modernidad*, nacida del racionalismo ilustrado; véase una manifestación modelo en *Artículos políticos de la «Enciclopedia»*, estudio preliminar y traducción de R. Soriano y A. Porras, en particular págs. xxxi y sigs. También A. PORRAS NADALES: «Contractualismo y neocontractualismo», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 41, cit. Algunos materiales sobre las polémicas acerca de la crisis de la modernidad, en *Débats*, núm. 9; M. BERMAN: *All that is solid melts into air*, Verso, Londres, 1983. Véase también A. V. CICOUREL: *El método y la medida en sociología*, Ed. Nacional, Madrid, 1982; J. BAUDRILLARD: *Las estrategias fatales*, Anagrama, Barcelona, 1984.

(50) J. RAWLS: *Teoría de la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México; F. VALLESPÍN: *Nuevas teorías del contrato social: Rawls, Nozick y Buchanan*, cit.; S. VECA: *La società giusta. Argomenti per il contrattualismo*, Il Saggiatore, Milán, 1982.

(51) G. GOZZI: «Potere e modello neocorporativo», cit., y «Verso lo Stato-sistema. Tra anarchia e Leviatano», cit.

cial de los postulados básicos de la teoría del Estado burgués: el principio de separación entre sociedad y Estado (52).

Una crisis que no deja de generar importantes tensiones en la configuración funcional de los *mecanismos de control judicial*, al menos en la medida en que el soporte legal que constituye el factor genético y legitimador de las sentencias se encuentra atravesado por criterios políticos (53): o bien la centralidad de la función de racionalización/control *a posteriori* característica del poder judicial debe operarse a través de criterios técnico-jurídicos despolitizados, desimpregnados de todo componente social y político —básicamente mediante el recurso a la Constitución y a la dogmática jurídica (54)—, acen tuando así la separación del Estado de Derecho de sus soportes sociopolíticos, siguiendo la vieja tradición del Derecho público alemán (55), o bien el monopolio de la función judicial de control puede llegar a verse amenazado por el auge de los mecanismos de mediación, conciliación o arbitraje, adecuados a las técnicas contractuales de acción estatal (56).

Sin embargo, es en terreno de la acción del Gobierno y la Administración donde, a pesar de la relativa separación entre la esfera de autonomía decisional de los órganos administrativos y los órganos de representación política, los mecanismos de interconexión entre sociedad y Estado característicos del modelo intervencionista conservan una mayor operatividad potencial a favor de los órganos políticos.

Fundamentalmente porque las técnicas concertuales de acción pública tienden a generar *outputs* decisionales cuyo contenido suele consistir en la concesión o atribución de *fondos públicos*: la posesión de fondos financieros públicos o recursos sociales permite canalizar e inducir los procesos de

(52) JAVIER PÉREZ ROYO: *Introducción a la teoría del Estado*, Blume, Barcelona, 1980, págs. 165-182.

(53) G. GOZZI: «Verso lo Stato-sistema...», cit., pág. 53; N. LUHMANN: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, cit.

(54) Siguiendo, por otra parte, una ya vieja tradición antipolítica característica del período de posguerra, véase OTTO BACHOFF: *Jueces y Constitución*, Taurus, Madrid, 1963. También N. LUHMANN: *Op. últ. cit.*

(55) JAVIER PÉREZ ROYO: «El proyecto de constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX», en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva época), núm. 1, 1978, págs. 67-97.

(56) Como siempre, el ejemplo de las «regulatory agencies» americanas se convierte en el más significativo precedente, aunque con capacidad potencial para extenderse a todo tipo de comisiones de seguimiento y control. Véase J. JOWELL: «The Rule of Law Today», en *The Changing Constitution*, cit., y CH. W. ANDERSON: «Political Design and the Representation of Interests», en SCHMITTER y LEMBRUCH (eds.): *Trends Toward Corporatist Intermediation*, cit., págs. 292, 294.

bargaining desde una posición dominante, permitiendo incluso (57) una relación de mandatos legales (exenciones fiscales, disminución de costes sociales) al servicio de determinadas políticas.

Durante el período central del Estado social la capacidad de control real de los órganos políticos sobre las tendencias a la inflación del gasto procedentes de las demandas crecientes de la Administración pública parece haber sido bastante relativa (58): ni el procedimiento de aprobación del presupuesto ni el fácil recurso al endeudamiento público permitían más control que el de la simple repercusión, reproduciéndose las tendencias a la inflación del gasto como consecuencia de las demandas de prestación e intervención procedentes del sistema social (59).

Esta reproducción, sólo relativamente controlada, de las tendencias inflacionistas demostraba precisamente la imposibilidad del órgano gubernamental para formular un principio de racionalidad *a priori* capaz de imponerse desde arriba, convirtiéndose el «interés general» en una mera adición de los intereses sectoriales, tanto sociales como burocráticos, expresados en las demandas de gasto (60).

Sin embargo, a partir de la agudización de la crisis económica mundial, desde los años setenta, las exigencias de la propia estabilidad económica nacional van a imponer una revitalización de las funciones de acción político-económica preventiva: en algunos casos puede tratarse solamente de aplicar técnicas propias de la empresa privada para la cuantificación de índices coste/beneficio, sistemas de control mediante auditorías, firmas privadas de consultores, etc.

Sin embargo, la posible revitalización de una nueva función de impulsor tendría que centrarse básicamente en la implementación de políticas no inflacionarias o de restricción y limitación de expectativas de gasto.

Naturalmente, el alto coste en rentabilidad electoral y legitimación política inmediata que puede generar este tipo de políticas hace muy incierto su desarrollo estable a largo plazo.

Sin embargo, funcionalmente el cambio se expresa en una asunción de la

(57) T. DAINTITH: *Op. cit.*, pág. 177.

(58) R. MAYNTZ: *Sociología de la Administración Pública*, cit., pág. 86.

(59) Véase PIERRE ROSANVALLON: *La crise de l'État Providence*, cit.; J. O'CONNOR: *The Fiscal Crisis of the State*, St. Martin's Press, Nueva York, 1973; JENS ALBER: «L'espansione del Welfare State», en *Riv. Italiana di Scienza Politica*, cit., 1983; RICARDO CALLE SÁIZ: *Hacienda Pública y crisis económica. Las teorías de las crisis fiscales en versión completa*, Ed. ICE, Madrid, 1984.

(60) Véase M. ELLIOT: «The Control of Public Expenditure», en *The Changing Constitution*, cit., pág. 154.

competencia racionalizadora de impulso desde el centro gubernamental, aunque sea mediante una proyección negativa y *a posteriori* (restricción/razonización del gasto), frente a los impulsos inflacionistas/desracionalizadores de los órganos administrativos periféricos.

De este modo podría empezar a entenderse un modelo de interconexión entre la esfera política de la función de gobierno y el bloque Administración-burocracia, susceptible de llegar a invertir las posiciones características del enfoque tradicional: en la medida en que el crecimiento de la esfera decisional de la Administración pública descentralizada o semiautónoma se opera a través de dos series de consecuencias: *a)* la tendencia al incremento constante del gasto, y *b)* la apertura participativa y negociada a sectores interesados en la toma de decisiones, es evidente que la Administración está dejando de ser el gran circuito racionalizador de la acción del Estado.

Esta estructura administrativa puede ahora convertirse alternativamente en una nueva fuente de suplementos de legitimación selectiva, en la medida en que las técnicas horizontales de concertación en la toma de decisiones satisfacen de forma dispersa las aspiraciones de los sectores interesados.

Del mismo modo, la esfera de gobierno no puede mantener indefinidamente sus funciones simbólico/procesuales de legitimación sin asegurar un mínimo control de la crisis, que debe intentarse a través de la limitación y control del gasto público en una función paralela de racionalización y restricción, parcialmente *a posteriori* y en principio deslegitimadora en cuanto restringe las inflacionadas expectativas de bienestar.

Así, pues, la crisis del Estado social intervencionista acaba generando una serie de profundas alteraciones en el tradicional modelo simplificado de relaciones entre Gobierno y Administración, cuyas consecuencias deben afectar a la propia concepción del modelo Estado de Derecho, enfrentando a partir de ahora a una nueva y compleja serie de exigencias de adaptación y redefinición histórica.